

POR

EL DOCTOR D. ANTONIO DE OREA Y MEDINA, DECANO DE LAS FACVLTAdes de Derechos de la Vniversidad, y Estudios Generales de la Ciudad de Sevilla, y Capellan de Honor de S.A. el Serenissimo señor D. Iuan de Austria, à cuyo cargo està la Administracion, y cobrança de las pensiones, que goza sobre lo frutos, y rentas de la Mesa Arçobispal de dicha Ciudad.

***

CON

D. AGVSTIN DE ESCOBAR, VEZINO DE ELLA, Y SANTIAGO GONZALEZ, vezino de esta Corte.

SOBRE

La retencion de los papeles, despacho del Titulo de Depositario General, y Receptor de penas de Camara de dicha Ciudad, que se han traido de la Camara al Consejo.



1 PRETENDE D. Antonio de Orea se enmiende el auto de vista de catorce de Octubre del año passado de 1672. en que se declarò *no aver lugar la retencion pedida por D. Antonio. Y que se bolviessen los papeles à la Camara, para que corriesse el despacho de titulo de Depositario General de Sevilla, à favor de Don Agustin de Escobar, precediendo primero el que diesse dicho Don Agustin satisfaccion à Don Antonio en esta Corte, de los seis mil ducados contenidos en la escriptura de obligacion que otorgò Santiago Gonçalez, y que reteniendose los papeles en el Consejo se declare tocarle el tanteo que tiene pedido.*

2 Para lo qual antes de discurrir en los fundamentos legales se hazen en el hecho algunos presupuestos que justifican esta pretension.

3 Suponese lo primero, que los Oficios de Depositario General, y Receptor de penas de Camara eran proprios de la Duquesa de Sesa y Baena, en virtud de Titulo de su Magestad; y en èl se le dà facultad de poderlos vincular, y nombrar persona para el uso, y exercicio de ellos. Con cargo de que el substituto, antes de entrarlos à usar, aya de dar setenta mil ducados de fianças, para resguardo, y seguridad de los depositos, ademas de quedar afecto à ellos el valor de los Oficios.

4 Lo segundo, que la Duquesa usando de la facultad de nombrar sostituto, nombrò à Don Ioseph Verospe en el uso de los Oficios, y por su nombramiento los sirviò: y estando en el exercicio de ellos en Mayo del año passado de 1669. se depositò en èl, el espolio de Don Antonio Payno, Arçobispo que fue de Sevilla, y à este espolio era acreedora la hazienda de S.A. el Sereníssimo señor D. Iuan en mas de 26U.

du-

ducados de lo caido de la renta de pensiones que goza en la Mesa Arçobispal de aquella Ciudad, cuya administracion, y cobrança està â cargo de Don Antonio de Orea. Y por esta obligacion pretendiò se removiesse de D. Ioseph de Verospe, el deposito hecho en èl, por ser quantioso, y no estar en su poder, resguardado con las fianças prevenidas en el Titulo de los Oficios que servia, ni cumplido con otros requisitos tan essenciales como ellas.

5 A este pleito saliô la Ciudad de Sevilla, coadjuvando el derecho de D. Antonio, en que huvo executoria del Consejo, dada en 27. de Enero de el año passado de 70. mandando que Don Ioseph de Verospe afiançasse los 70U. ducados de la obligacion de el Titulo, y cumpliesse con los demas requisitos contenidos en èl, y este pleito se siguiô â expensas de D. Antonio por Santiago Gonçalez su mandatario.

6 Lo tercero, que aviendo sabido Don Antonio que la Duquesa de Sesa tratava de venderlos Oficios, dispuso êl comprarlos, por escusarse de seguir el pleito de remocion del deposito del espolio, â cuyo fin avia puesto, ê iva poniendo diferentes cantidades en poder de Santiago Gonçalez, para que por su medio se hiziesse la compra, y conseguida los sirviesse el susodicho.

7 En este estado se hallavan las disposiciones de Don Antonio, para la compra de los Oficios, quando Santiago Gonçalez se anticipô â hazerla para si, y â participarselo â D. Antonio en carta de 21. de Enero del año de 70. y dos dias despues de averle dado este aviso se celebrò la venta por la Duquesa en favor de Santiago Gonçalez en precio de 24U. ducados en cõtado, que confessò la Duquesa averlos recibido.

8 Lo quarto, que las cantidades, que Don Antonio puso en poder de Santiago Gonçalez para la compra

pra que pretendia hazer de los Oficios importaron en quatro partidas 284ɥ124. reales vellon: los 66ɥ. reales dellos, que ya paravan en su poder, antes que hiziesse la compra, y 69ɥ702. reales, que en termino de ocho dias despues de averla hecho, cobrô en dos partidas, por credito, y poder de D. Antonio, la quarta de 148ɥ423. reales, que en vna letra le remitiô desde Sevilla en carta de 28. de el mes de Enero de 70. cinco dias despues de la compra, y en ella le dize D. Antonio a Santiago Gonçalez, que â averle dado antes la letra, le huviera embiado orden para que le comprasse los Oficios, por estar en resoluciõ de no quedar sin ellos, por ningun dinero, y de que Santiago Gonçalez los sirviesse, y esta carta se ha presentado en el pleito por parte de Don Agustin de Escobar con otras que Don Antonio escriviò à Santiago Gonçalez, juntamente con la quenta q̃ le dâ de algunas de las cantidades referidas, puestas en su poder, y gastos que hizo en el pleito sobre la remocion del deposito del espolio. Y por estas cartas, y quenta consta como Santiago Gonçalez, no tuvo, ni ha tenido otro mandato ni negocio de D. Antonio, mas que el tocante â el espolio, y en lo mesmo conviene en las declaraciones que ha hecho en el pleito de pedimiento de D. Antonio.

9 Lo quinto, que despues de aver hecho Santiago Gonçalez la compra de los Oficios, fue â Sevilla, y en ella participò â Don Antonio aver hecho la paga dellos con 18ɥ. ducados suyos, y con 6ɥ. ducados de D. Antonio, y en esta atencion, y de que el animo de D. Antonio era comprar los Oficios para que los sirviesse Santiago Gonçalez (como expressamente se dize en la carta referida de 28. de Enero) se convinieron, en que aviendo de passar â tercero, no queria D. Antonio quedarse sin ellos; y en este acuerdo Santiago Gonçalez otorgò escriptura en Sevilla en 17.

 de

de Noviembre de el año de 70. â favor de D. Antonio, obligandose à pagarle los 6U. ducados, de que se avia valido para la compra; luego que entrasse en el uso, y exercicio de los Oficios, y no antes: y porque las clausulas de la escriptura han de justificar el pacto expressado, y la accion que por êl pretende D. Antonio, se referirân à la letra.

10 *Y porque para la compra, y paga de los Oficios me prestò el Doctor Don Antonio de Orea y Medina seis mil ducados de vellon, con cuya cantidad, y con otros 18U. ducados mios hize la compra, y paga dellos. Por tanto por esta presente carta, confessando, como confiesso, y declaro aver recibido del dicho Doctor Don Antonio de Orea los dichos seis mil ducados en contado, de que me doy entregado à mi voluntad, y renunciando la excepcion, y leyes de la non numerata pecunia, y prueva del recibo, como en ella se contiene: Y me obligo à la paga de ellos para cada, y quando, que por el dicho Doctor Don Antonio de Orea, y quien su poder, ò causa huviere, me sean pedidos, y demandados.*

11 *Y es à saber, que la dicha cantidad no me ha de poder pedir, ni demandar la dicha su paga, hasta aver entrado en el uso, y exercicio del dicho Oficio de Depositario Generel, por quanto para el efecto de su compra me los prestò el dicho Doctor Don Antonio de Orea, y solo puede llegar el plaço de ella en caso de que yo el dicho Contador Santiago Gonçalez quiera vender el dicho Oficio, ò que por alguna razon no pueda entrar al uso, y exercicio dèl, porque cada, y quando que acaezca alguno de los referidos hè de estar obligado à la satisfaccion, y paga de la dicha cantidad.*

12 *Y si llegare el de la venta del dicho Oficio la hè de hazer, y celebrar con intervencion, y noticia que de ella diere al dicho Doctor Don Antonio de Orea, para que el susodicho aya de assegurar la cobrança de los dichos*

chos seis mil ducados primero, y ante todas cosas, que yo el dicho Contador Santiago Gonçalez reciba, y cobre los dichos 18U. ducados que importa mas la cõpra de èl: ò para que el dicho Doctor, por lo que otro diere aya de pagarme, y satisfacerme la venta que hiziere de dicho Oficio.

13 De suerte, que la voluntad de los contrayentes fue, que no se pudiesse hazer la venta, sin que Don Antonio interviniesse, para que tuviesse derecho de tanteo, si eligiesse quedarse con los Oficios.

14 Y para seguridad de lo contratado, assi en la paga, como en el tanteo, se pusu la clausula ordinaria guarentigia, ibi:

15 *Y à su firmeza obligo mi persona, y bienes avidos, y por aver, y especial, y señaladamente obligo, y hipoteco el dicho Oficio para nò lo poder vẽder, dar, donar, ni trocar à persona alguna, y lo que en contrario hiziere sea en si ninguno, y no valga, y se pueda executar en èl, y en sus rentas, y aprovechamientos, aunque estè, y passe à poder de tercero, y mas posseedor.*

16 Lo sexto, que aviendo entendido Don Antonio, que Santiago Gonçalez en cõtravencion del pacto tratava de vender los Oficios sin su intervencion, y noticia, por impedirle el que no se pudiesse quedar con ellos, y para reparo de este perjuicio se valiò Don Antonio del remedio de la ley once del Reino, pidiendo en 14. de Março de 71. en el Consejo se traxessen â èl los papeles que en la Camara se huviessen presentado, para pedir Titulo de los Oficios el comprador â quien los huviesse vendido Santiago Gonçalez, el qual noticiado de esta contradiccion, suspendiò el otorgar la escriptura de venta, hasta 22. de Iunio del mismo año de 71.

17 Lo septimo, que despues de averse otorgado esta venta, Santiago Gonçalez pareciò en 28. de Iulio del

del mismo año ante el Iuez Ordinario Eclesiastico de Sevilla, ofreciendo â Don Antonio la paga de sus 6ʒ. ducados, y pidiendo se le obligasse, en caso de no recibirlos, â que cancelasse la escriptura, y se depositasse la cantidad por quenta de Don Antonio, el qual se defendiò en esta pretension, diziendo tenia deducidos los derechos de su escriptura en el Consejo, donde Santiago Gonçalez avia de acudir à pedir lo que le conviniesse; y el Iuez Ordinario inhibirse del conocimiento de su pretension, remitiendo al Consejo los autos. Y aviendose deducido sobre ello, por vnas, y otras partes, lo que les convino â su derecho. Se mandô, que Santiago Gonçalez acudiesse al Consejo â pedir lo que le conviniesse.

18 Lo octavo, que para defenderse Don Antonio de la paga, que pretendia hazerle Santiago Gonçalez despues de aver vendido, y justificar la accion del pacto, que le competia, por la escriptura otorgada à su favor, pidiô en 24. de Septiembre de el mismo año de 71. ante vno de los Tenientes desta Villa, se apremiasse â Santiago Gonçalez â que declarasse â quien avia vendido los Oficios, y en què precio, y ante què Escrivano, y aviendo declarado, dixo, averlos vendido en Sevilla â la Marquesa de Villa-Manrique, y que por ser forastero en aquella Ciudad no conociô al Escrivano ante quien hizo el instrumento de la venta, y que fue â favor de Don Agustin de Escobar, criado de dicha Marquesa, y por precio de 27ʒ. ducados: y añade en esta declaracion aver noticia do la venta â Don Antonio por medio de vn tercero, y que por este avia respondido que vendiesse, que èl vsaria de su derecho.

19 Lo nono, que en 18. de Abril de 72. en execucion de el auto de el Consejo se remitieron â el de la Camara los papeles, y con ellos saliò pidiendo Don

Agus-

Aguſtin de Eſcobar ſe mandaſſen bolver à ella, para que en conformidad de la venta hecha de los Oficios â ſu favor ſe le deſpachaſſe titulo dellos, por no aver juſtificacion para la retencion pedida por Don Antonio, y que aunque era cierto ſe le devian los 6U. ds. de ſu eſcriptura, aviendoſele ofrecido la paga dellos, y ofreciendoſela hazer luego en contado, ceſſava el derecho de ſu accion.

20 A eſte pedimiento ſe reſpondiô por D. Antonio, diziendo, ſe avian de retener los papeles, por cõſtar dellos que Santiago Gonçalez no avia podido vender en la forma que lo avia hecho, ni por la venta adquirido Don Aguſtin de Eſcobar derecho para poder pedir por ella el titulo que pretendia, por aver de conſtar antes el que Don Antonio no ſe ajuſtava à tomar los Oficios en lo que verdaderamente ſe huvieſſen vendido, por ſer eſto conforme al pacto de la eſcriptura otorgada â ſu favor.

21 A eſte pedimiento ſe concluyò por D. Aguſtin de Eſcobar, y Santiago Gonçalez, y con viſta de lo alegado por las partes, que ſe ha referido, y papeles mencionados, remitidos de la Camara, ſe diò el auto de catorce de Octubre de 72. que es el del num. 1.

22 Lo dezimo, que por Don Antonio ſe ſuplicò de eſte auto, pidiendo ſe ſuplieſſe, y enmendaſſe, mandando retener los papeles, y declarando â ſu favor pertenecerle el derecho de tanteo à dichos oficios, ofreciendo pagar en contado la cantidad en que verdaderamente huvieſſe vendido Santiago Gonçalez, reſervandole ſu derecho, para en caſo que juſtificaſſe ſupoſicion de cantidad en la venta.

23 Lo vndezimo, que en eſta ſegunda inſtancia ha juſtificado Don Antonio, que Santiago Gonçalez no comprô los Oficios à la Duqueſa en 24U. ducados en contado, ni que para ajuſtar dicha cantidad entre-

gò de su caudal 18U. ducados, como lo supuso en la escriptura que otorgò â favor de Don Antonio, el qual por recaudos que ha presentado consta, que la compra fue en 20U. ducados, y solo 10U. de ellos en contado. Con que aviendo sido los 6U. ducados dellos de Don Antonio, como en su escriptura lo confiessa Santiago Gonçalez, los 4U. ducados restantes, cumplimiento â los 10U. seria lo que desembolsô: porque los otros 10U. cumplimiento â los 20U. de la venta por otra escriptura de resguardo, se obligô â pagarlos â la Duquesa quando quedassen libres, y desembaraçados los Oficios de la obligacion en que estavã â la quenta que avia de dar D. Ioseph Verospe de los depositos puestos en su poder el tiempo que los avia servido.

24 Lo duodezimo, que asimismo ajustado D. Antonio el que fue supuesto el contado de los 27U. ducados de la escriptura de venta, hecha por Santiago Gonçalez â favor de Don Agustin de Escobar: porque al mesmo tiempo della se otorgaron otras dos, en que se declarò aver sido 16U. ducados menos. Y asimismo por otros recaudos presentados ha justificado que Santiago Gonçalez no hizo la venta de los Oficios â la Marquesa de Villa-Manrique, ni â D. Agustin de Escobar, porque el verdadero comprador de ellos, y â quien los ha vendido es Don Ioseph Verospe con la suposicion de la Marquesa de Villa-Manrique y D. Agustin de Escobar.

25 Lo dezimotercio, que mediante averse ajustado las suposiciones hechas por Santiago Gonçalez, assi en el precio de la venta que hizo, como en la persona â quien vendiô, tambien lo està de ser supuesto lo que declara de aver dado por medio de vn tercero noticia â Don Antonio, de que vendia, ò avia vendido los Oficios, para que vsasse del derecho que tenia

de

de tantear, ô cobrar, y que por no aver querido tantear, le avia embiado â ofrecer la paga, la qual no avia querido recibir; y de el contenido de esta declaracion se ha valido D. Agustin de Escobar, en que confiessa derecho de tanteo â Don Antonio en fuerça de no negarsele Santiago Gonçalez.

26 Lo dezimoquarto, que aviendose visto el pleito en el Consejo sobre lo pedido por D. Antonio, se ha remitido en discordia, y està para verse.

27 Y aunque por disposicion de los que litigã con Don Antonio, se ha introducido vna terceria hecha por Adrian Estoyarte, vezino de Sevilla, por no ser de substancia, ni de este juizio, se omite el discurrir sobre ella. Ademas de que por los recaudos en que se ha querido fundar, consta la suposicion que contiene, y que el fin es embaraçar el derecho de el tanteo, ò la percepcion de los 6ɉ. ducados.

28 De los presupuestos del hecho referido con facilidad se deduce la justificacion de la accion de D. Antonio, y exclusion de las oposiciones cõtrarias.

§. I.

En que se funda el derecho de Don Antonio.

29 POr disposicion de la *ley* 11, *tit*. 4. *lib*. 2. *Recopil*, se ordena *que las cosas, que tocan à perjuicio de partes se pidan en nuestro Consejo, y se provean, y libren por los del nuestro Consejo de la Iusticia, y no se expidan por Camara; y si se dieren algunas cedulas en cosas de justicia, y la parte suplicare que no se de sobrecedula, hasta que sea visto en el Consejo.*

30 De suerte, que el remedio de que se ha valido Don Antonio es legal, y si en el Consejo, justificare el perjuicio serà llana la retencion, y este le prueva indis-

disputablemente por la escriptura presentada.

31 En ella se hallan prevenidos diferentes casos, y assi para discurrir en el perjuicio se deve hazer distincion de los que las partes previnieron sin confundir vnos con otros, y observando la separacion, con que capitularon lo que se avia de executar en cada vno; porque en los contratos no se dâ extension, ni de persona à persona, ni de cosa â cosa, ni de tiempo à tiempo, *leg. Si vnus, §. Ante omnia, ff. de pact. leg. Epistola, §. fin. eodem tit. leg. Si cum Hermes, Cod. de locato*, Mantica *de tacitis, & ambiguis, lib. 3. tit. 1. num. 4.* Y assi dize Bald. *in leg. Ex hoc iure, num. 5. in fine, de iustit. & iur.* y se prueva de la *ley Adprobationem, la 1. Cod. de probat.* que el tenor del instrumento es el que se deve executar, sin que se pueda desviar el juizio de su contenido, aunque algunas consideraciones, ô cõgeturas lo persuaden, vt tenet Mantic. *vbi suprà.*

32 La diferencia de casos fue en la mente de los contrayentes, que el Oficio, ô fuesse de Santiago Gõçalez, ô de Don Antonio de Orea; de tal suerte que no pudiesse passar â tercero, sin consentimiento suyo, y para explicarse, y assegurarse capitularon.

33 Lo primero, que respecto de aver comprado el Oficio Santiago Gonçalez en tiempo que Don Antonio estava en la mesma resolucion, aunque para que le sirviesse el susodicho, como parece de la carta presentada por D. Agustin de Escobar pactarõ, q le sirviesse el dicho Santiago Gonçalez, y le gozasse como suyo, y respecto de aver comprado con dinero de D. Antonio, quedandose Santiago Gonçalez con êl, y entrando en possessión, le diesse satisfaccion, y no no antes, y este caso no llegô: porque Santiago Gonçalez no entrò en possession, con que no es de la question que se controvierte.

34 El segundo, fue considerar que Santiago Gon-

Gonçalez podia no entrar en possession, ò entrar en ella, y en vno, y otro querer disponer de la propriedad de este oficio, y como la voluntad, y animo avia sido de que no pudiesse passar â tercero, se pactô que si quisiesse vender *no pudiesse hazerlo sin intervencion de D. Antonio, para que se assegurasse de la cantidad, cō que le avia socorrido para la compra, ò para que D. Antonio por lo que otro diere le huviesse de pagar, y satisfacer la venta que hiziesse de dicho Oficio*, previniendo la intervencion para seguridad de la certeza de el precio, y que no pudiesse aver colusion en êl; y este es el caso en que estâmos: porque Santiago Gonçalez no entrò en possession, con que no llegò el de poder pagar, ni pedirle la cantidad, y passando â querer vender es preciso que se guarde la forma prevenida en el cōtrato â que quedaron sujetos los contrayentes, *ex l.* 1. §. *Si convenerit, ff. depositi, leg. Contractus, de regul. iur. leg. Lege, ff. de pact.* Cardoso *in praxi*, verb. *Contractus, num.* 12. *cum vulgat.* Barbos. *axiomat.* 57. *num.* 1.

35 Y el pacto prohibitiuo de vender no se puede dudar que sea valido, *leg. Si creditor*, §. *Quaritur, fin. ff. de distract. pign.* ibi: *Et certum est nullam esse venditionem, vt pactioni stetur, l. fin. tit.* 5. *partit.* 5. Amat. *resolut.* 12. *n.* 18. & 19. Anton. Gom. *in leg.* 40. *Taur. num.* 18, Guzman. *de evictionibus, quæst.* 11. Carlev. *de iudic. lib.* 1. *tit.* 1. *disput.* 2. *num.* 350. & *tit.* 3. *disput.* 11. *num.* 3. particularmente quando la cosa està especialmente obligada, Felician. *de censib. lib.* 1. *cap.* 10 *num.* 9.

36 Y en contracto hecho con calidad de que no se pueda vender sin requerir â aquel con quien se haze, para que si quisiere pueda tomar la cosa por el tanto, que son los terminos de nuestro caso, que sea valido, y la venta nula, y se pueda sacar de poder de ter-

cero, tenet Cancer. *lib. 2. variar. cap. 8.* donde aviendo propuesto en el *num.* 110. el caso, en el 119. dize: *Illud tamen non dissimulabo, quod si pro observantia dictæ promissionis adesset hypoteca specialis dictæ rei, quã quis non alienare in alium, pro eodem pretio promisit, quod tunc impediretur dominij translatio in secundum emptorem, ita DD. in dict. §. ead. l. Boer. decis. 49. n. 4. Roland. cons. 6. num. 11. volum. 1. Iason in l. Quoties, n. 28. Cod. de rei vindic. Alexand. in leg. Si filiofam. §. Si vir, num. 4. ff. solut. matrim. & novè Solis de censibus, lib. 1. cap. 10. num. 9. versic. Et vt omnis evitetur, allegat text. in leg. Si creditor, §. vltim. de distract. pignor. per quem ita etiam tenet Hieronymus Laurentius decis. Avenion. 28. num. 4. Hieronym. Gabr. consil. 66. num. 10. lib. 1.*

37 Y si el pacto absoluto prohibitivo de vender es valido, quanto mas lo serà el que no es absoluto, sino limitado à que la venta se aya de hazer con su intervencion, y para tomarlo por el tanto, si quisiere, *l. Iuris gentium, §. Adeò, ff. de pact.* ibi: *Si igitur in totum potest, cur non & pars eius pactione mutari potest?* Y mas quando el fin, y los efectos à que mirò son tan justos, como fueron assegurarse del desembolso si quisiesse permitir la venta à tercero, ò de la realidad del precio, si quisiesse tantear, y quedarse con el Oficio, q̃ es à lo que siempre ha mirado.

38 Y assi en la *ley fin. Cod. de iur. emphyt.* se dispone, que si en el emphiteusi huviere pacto de no poder vender las mejoras, sin consentimiento del señor que se ha de observar lo capitulado, ibi: *Sancimus siquidem emphyteuticum instrumentum super hoc casu aliquas pactiones habeat eas observari.*

39 Siendo pues valido el pacto en que no parece se puede poner disputa, el perjuicio es claro; pues contraviniendo à lo contratado, se quiere dar que

San-

Santiago Gonçalez pudiesse vender sin intervencion, y que la venta sea valida, y corra à favor de tercero, contra la voluntad de D. Antonio.

40 La segunda razon de perjuicio, es tan evidente como la primera, pero de mayor entidad; pues si se confirmasse el auto de el Consejo se le priva del derecho de tanteo que la escriptura le dà; pues en ella se dize:

41 *O para que el dicho Don Antonio de Orea por lo que otro diere, aya de pagarme, y satisfacerme la venta que hiziere de dicho Oficio.*

42 Palabras, que no se puede dudar, ni poner en question, que dân derecho de tanteo; pues la essencia de este vnicamente cõsiste en que la persona que le pretende tenga derecho al tiempo que se celebra la venta de retraer, ò tomar para si lo que se vende por el precio que dà el tercero, y esta es la definicion, ò etimologia del tanteo, vt benê comprobat Tiraquell. *de retract. in præfat. num. 2.*

43 Y assi en la *ley 1. de privileg. creditor.* para dar tanteo al acreedor, quando se venden los bienes de el deudor, dize: *Cum bona veneunt debitoris in comparatione extranei, & eius, qui creditor cognatusve sit, potior habetur creditor cognatusve; magis tamen creditor, quam cognatus, & inter creditores potior is est, cui maior pecunia debetur.* De suerte que el derecho de tãteo que dà esta ley, solo cõsiste en preferir al acreedor al comprador estraño.

44 Y por este texto es comun resolucion de los DD. que en la venta de los bienes del deudor es preferido el acreedor al comprador estraño, Parlador. *lib. 2. rer. quotidian. cap. fin. 5. part. §. 13. num. 10.* Rodrig. *de execut. cap. 6. num. 37.* Cur. Philippic. *2. part. §. 12. num. 5.* Hermosill. *in leg. 52. gloss. 7. tit. 5. partit. 5. num. 16. in fine*; Carlev. *de iudic. tit. 3. disput. 1.*

*num.7.tom.*1.Tapia *decis.57.num.*12.Salgado *in labyrinth.part.2.cap.2.num.*14.

45 Y de esta resolucion se sacan dos ilaciones. La primera, que no sue puede dudar de la validacion del pacto; pues por disposicion de derecho tiene tanteo, como acreedor. La segunda, que si por disposicion de derecho solo le tuviera, quanto mas seguramente le competirà, añadiendose el pacto, y aviendo dado causa â èl el aver comprado con dinero de D. Antonio?

46 Viendose convencido Don Agustin de Escobar; ha recurrido para excluir el derecho de tanteo â vn subterfugio, opuesto totalmente â los terminos de la regla, en que quiso fundar la exclusion, valiendose del *cap. In alternativis, de regul. iur. in 6.* suponiendo que lo que la escriptura contuvo, fue vna obligacion alternativa de pagar la cantidad, ô dar el Oficio por el precio que se vendiesse à tercero; y que la eleccion es del deudor, y aviendo eligido pagar Santiago Gonçalez, cessa el tanteo. Pero excluyese con facilidad, porque de la mesma manera que es cierta la regla de que en la obligacion alternativa, la eleccion es del deudor, *ex dict. cap. In alternativis*, & quæ congerit D. Olea *tit.* 1. *quæst.* 1. *num.* 40. es igualmente cierto, que en la alternativa de remedios, ô acciones, la eleccion es del acreedor, *l. Quod in hæredem, §. Eligere, ff. de tributor. actione, leg. Cum proponas, Cod. de transact.* Y asi el que està obligado à pagar en cierto dia, ô dar fiança, ò prẽda, si el acreedor quisiere cobrar, no satisfarà dando el fiador, ò la prenda, Anton. Gom. *tom. 2. variar. cap.* 11. *num.* 42. Cancer. *tom. 2. variar. cap.* 6. D. Olea *tit. 3. quæst. 7. num.* 15. donde trae vna columna de autoridades, y con Barbos. *vot. dicis.* 49. *num.* 19. & 39. *lib.* 2. refiere dos decisiones en que se determinò, que en las alternativas de remedios, ô de

ac-

acciones competia la eleccion al acreedor, vt videre est apud eum, ibi:

47 *Idem Barbosa in vot. decis. vot. 49. num. 19. & 39. lib. 2. vbi ex superiore doctrina decisum refert Collegio Sancti Ildephonsi, Vniversitatis Complutensis datam fuisse manutentionem contra Abbatem, & Capitulum Ecclesiæ Collegialis eiusdem Villæ, vt assisterent capitulariter in Capella dicti Collegij pro celebratione funeralium Eminentissimi Cardinalis D. Francisci Ximenes de Cisneros, quamvis Ecclesia solvere parata est pœnam ad quam se obligaverat si quotannis ad dictam Capellam non accessissent, quæ decisio iuri consona est; idemque observandum censuit Consilium Regium in dissensione inter Capitulum Ecclesiæ Cathedralis Salmanticensis, & Collegium quod dicitur Archiepiscopi Vniversitatis Salmantinæ orta ex eo quod Capitulum renuebat accedere capitulariter ad Capellam dicti Collegij Maioris pro celebrandis funeralibus Archiepiscopi, quamvis ad id sub certa pœna esset obligatum.*

48 Y en la alternativa exigendi, que sea la eleccion del acreedor, es de Baldo en la *ley fin. Cod. de petit. hæreditat. in 3. notabil.* Amat. *resolut. 34. n. 24.*

49 Y hablando en el pacto de retrovendendo, que es assimilado al tanteo, dize Hermosilla en la *ley 42. tit. 5. partit. 5. gloss. 1. num. 8* que es eleccion de el que vendiò pedir la cosa vendida, ò la pena estipulada.

50 Y en el derecho de retracto, que la eleccion sea del señor del directo dominio de aprobar la venta, y cobrar la veintena, ò laudemio, ò que se le prefiera por la mesma cantidad al tercero en la cosa vẽdida, se prueva de la *ley fin. Cod. de iur. emphyteut.* ibi: *Sed ne hac occasione accepta domini minime concedant emphyteutas suos accipere pretia meliorationum quæ inve-*

venerunt, sed eos deludant, & ex hoc cōmodum emphyteuta depereat; disponimus attestationem domino transmitti, & prædicere quantum pretium ab alio re vera accipi potest, & siquidem dominus hoc dare maluerit, & tantā præstare quantitatē, quantā ipse re vera emphyteuta ab alio recipere potest ipsū dominū omnimodo hoc cōparare. Sin autē duorū mensium spatiū fuerit emensū, & dominus hoc facere noluerit licentia emphyteutæ detur vbi voluerit, & sine cōsensu domini meliorationes suas vendere. Nigr. *de laudem. tom.* 1. *q.* 30. *versic. Secundò*, ibi: *Secundò, quod cum beneficio legis fina. Cod. de iur. emphyteut. detur directo domino electio approbandi distractum rei emphyteuticæ, & inde consequi symbolum laudemiorum, vel agere ad prælationem refusa omni summa, quam alius dare vellet, quod petetione laudemij sit exclusus directus à retracto; quia vbi electio datur à lege petitione vnius excluditur alterum ex concessis. Eadem de causa nec licet vno electo, illud refutando, aliud petere*, Cancerius *tom.* 1 *variar. cap.* 11. *num.* 46. ibi: *De iure communi dominus pro qua res tenetur in emphyteusi habet ius prælationis sive retinendi rem pro pretio, quod in illa re invenitur.*

51 Y es tan privilegiado en el tanteo aquel â quien pertenece, que si concurrieren quatro condominos con igual dominio, y derecho de retracto, y los tres consintieron en la venta, y el quarto quisiere retraher, tiene eleccion, y derecho para quedarse con la cosa vendida, aunque lo contradigan los demas, tenet Peguer. *in repetition. cap. Item super laudemio*, §. 6. *num.* 34. Mario Viergio *de laudemio, part.* 1. *inspection.* 4. *num.* 38. ibi: *Clarum est de iure, quod dominus directus si venditur emphyteusis habet ius prælationis, seu retentionis, offerendo idem pretium ab alio inventum, quando illam vult pro se.*

52 Y si no fuera la eleccion en el derecho de tanteo del acrreedor, fuera ociosa la question que disputan los Doctores, si por aver pedido la veintena se apartô del derecho de retraer, y se ha de tener por excluîdo de èl, Tiraquell. *de retractat. linag.* §. 24 *gloss. vnic. num.* 11. Mauser. *in praxi, tit. de locat. & iur. emphiteut. num.* 28. Magon. *decis. Florent.* 117. vbi testatur iudicatum Nigr. plures referens *dict. q.* 30. *n.* 30. *& seqq. tom.* 1.

53 Y de no darse la eleccion al que tiene el derecho de tanteo, se siguieran dos absurdos gravissimos. El primero, que era invtil el estipularle; pues estuviera en mano del vendedor el que vsasse dêl, y nunca se conseguiria esto vendiendo â tercero. El segundo, que pudiera el dueño de las cosas en que se estipulô el retracto obligarle al dueño de el directo dominio, ò aquel â quien se diò à que comprasse contra su volũtad contra la *ley Invitum de contrahenda empt.* y la *ley Nec emere, de iur. deliberand.* y por el precio que quisiesse simular, fingiendo vna venta con vn tercero.

54 Y es tan contrario à lo que las partes contrataron el negar el derecho de tanteo, y eleccion en la alternativa, que Santiago Gonçalez supone en las declaraciones que embiò â dezir â Don Antonio que vendia, para que si quisiesse tanteasse los oficios para disculpar la contravencion, pero no la justifica.

55 De que se sigue, que la accion intentada para el tanteo, es llana, y indisputable, y el averse discurrido en ella con mas dilacion de la que pide punto tan sin controversia, ha sido por ser el vnico fundamento que se prepuso â la vista, y al que parece que pudo corresponder la determinacion del auto, y en el que se insistiô en la segunda instancia, y hallarse el pleito remitido.

§. II.

§. II.

En que se responde à las excepciones opuestas por Don Agustin de Escovar.

56 EN esta instancia se ha querido ayudar, ò esforçar el derecho de Don Agustin de Escovar con algunas oposiciones (viendose quien le defendia convencido de que la eleccion en la alternativa de acciones, ò de remedios era de Don Antonio.)

57 La primera fue dezir, que el pacto del tanteo se puso solo para seguridad de la cantidad de los 6U. ducados que Don Antonio le avia prestado. Esta oposicion ni tiene entidad, ni substancia; antes bien de ella se saca confirmacion del derecho de D. Antonio: porque lo literal de la escriptura la excluye, y convence, pues dize:

58 *Y si llegare el de la venta del dicho Oficio, la he de hazer, y celebrar con intervencion, y noticia que de ella diere al dicho Doctor Don Antonio de Orea, para que el susodicho aya de assegurar la cobrança de los dichos seis mil ducados, primero, y ante todas cosas, que yo el dicho Contador Santiago Gonçalez reciba, y cobre los dichos diez y ocho mil ducados, que importa mas la compra dèl, ò para que el dicho Doctor por lo que otro diere aya de pagarme, y satisfacerme la venta que hiziere de dicho Oficio.*

59 Poniendo los casos disiuntivos, y condicion que los separa, como lo es la ô, que en la disposicion de derecho diversifica, y dà alternativa; *l. Ille aut ille, ff. de legat.* 3. sin que pueda resolverse en coniuntiva: porque su naturaleza es de separar, y distinguir, obrando diversidad, principalmente quando se pone entre cosas distintas, *l. Cum quidam, in fin. de verbor.*

bor.signific. cum vulgatis congestis â Barbos. *tractat. var.dict.46.num.1.& 13.* y no pueden ser mas diversas, que cobrar, ò tantear, porque son cosas contrarias; y assi como queda fundado *supr. num.* se tienen por tan opuestas, que con la eleccion de la vna se tiene por renunciada la otra.

60 Vltrà de que no se percibe por donde pueda ser favorable essa proposicion à Don Agustin de Escovar; pues es conclusion indisputable, que en la alternativa puesta para seguridad del acreedor, la eleccion es suya, y no del deudor, Maranta *in leg. Si actor, ff. de procurator.num.34.* Castillo *tom.6.controversiar. cap.114.num.24.* Marinis *lib.2.var.resolution.cap.65. à num.6.* Dom. Olea *tit.3.q.7.n.15.*

61 Y el dezir, que si Santiago Gonçalez huviera pagado (como pudiera) no tuviera Don Antonio derecho de tanteo, no conduce. Lo primero, porque ni Don Antonio le pudiera pedir, ni Santiago Gonçalez pagarle antes de tomar la possession, ni estar en el exercicio de los dichos Oficios: porque este plaço se puso â favor de entrambos, de Santiago Gonçalez para que no se le pudiesse pedir, sino es exerciendo, y de Don Antonio, para que no le pudiesse pagar si no llegasse à exercer, y quisiesse vender por la dependencia del tanteo; y quãdo el plaço està puesto favore vtriusque, no puede vno renunciarle en perjuicio de el otro, *leg. Eum qui, ff. de annuis legatis, leg. Ait Prator, §. Si cum diem, ff. quæ in fraudem credit.* Larrea *decis.15.per totam, & alleg.85.num.9.* cum alijs Dom. Olea *de cess. iur.tit.1.quæst.6.num.60.* y no solo quando està â favor del acreedor, sino quando està à favor del deudor el plaço, si se quiere anticipar en fraude, tampoco se puede, Larrea *vbi supr.dict. decis.15.* y todo el contrato; ni mirò mas que â assegurar que el Oficio no pudiesse passar â tercero, si Don Antonio le quisiesse

F com-

comprar, entrando, ô no entrando en el vso de êl Santiago Gonçalez?

62 Lo segundo, porque se arguye de vn caso que no sucediô, pues Santiago Gonçalez no llegô â entrar en possession, ni â exercer, y ni pagò, y passò â vender sin intervencion de Don Antonio; con que quando el plaço estuviera puesto solo â su favor, y pudiesse pagar, aunque no entrasse en possession, ni exerciesse (que se niega) lo que pudo hazer no hizo, y lo que hizo fue lo que no pudo, pues vendiò sin intervencion, contraviniendo al pacto: con que le conviene el axioma vulgar que se saca de la *ley* 3. *in fine, Cod. de committend. & contrahend. stipulat. quod potui nollui, quod vollui adimplere nequivi, leg. Multum interst, Cod. si quis alteri, vel sibi, vbi gloss.* Gratian. *tom.* 5 *discept. forens. cap.* 809. Magon. *decis. Florent.* 2. *n.* 14. Costa *de fact. & scient. ignorant. inspect.* 51. *n.* 10.

63 Y la clausula que se ponderô final de la escriptura, en que se prohibe la enagenacion con pacto absoluto, y calidad de que passe la execucion â tercero, no altera, ni pudo alterar el derecho de tanteo, especialmente prevenido en ella, ni el aver de concurrir D. Antonio en la venta.

64 Lo primero, porque estas clausulas que se ponen de stylo Notariorum, no hazen perjuicio â las partes, ni â la naturaleza del contrato. Y assi en la donacion, aunque se le añadan las clausulas de pura, perfecta, y irrevocable, no altera la naturaleza de ella, Rota *decis.* 65. *part.* 2. *recentior. num.* 11. & 12. Tonduto *quæst. civil.* 2. *par. cap.* 10. *num.* 6. Mario Burg. *de laudem. inspect.* 30. *num.* 12.

65 Lo segundo, porque las clausulas que se ponen para mas facilidad de la execucion de lo contratado no alteran, ni amplian la disposicion, y miran vnicamente â la mayor facilidad del cumplimiento de

lo

lo que se capitula, y se presumen puestas, ex capite notarij, *Clement.* 1. *in fin. de prabend. & dignit.* Gutierrez *de iuram. confirm.* 1. *part. cap.* 12. *n.* 3. plures congerens D. Olea *tit.* 1. *q.* 3. *n.* 10.

66 Lo tercero, porque esta clausula no es contraria à lo capitulado, sino antes vniforme con ello; porque aviendose capitulado â favor de Don Antonio la alternativa de cobrar, ô tantear, era preciso que contuviesse nulidad de la venta sin la intervencion, para en caso que quisiesse tantear, y para en caso que no eligiesse tantear, que passasse la via executiva â tercero, para poder cobrar dèl la cantidad, y todas las clausulas se entienden, y deven entender, *referendo singula singulis*, *glos. in leg. Final. in verbo Vniversitatis, C. de fideicommiss.* vbi Angelus *exponit congrua, congruis referendo*, Marta *de clausulis claus.* 360, *n.* 3. Rota *decis.* 54. *num.* 18. *part.* 2. *diversorum*, Barbos. *de claus. claus.* 1. *num.* 7.

67 Lo quarto, porque es regla indisputable de derecho, que la clausula puesta en el fin de la disposicion, ò contrato se refiere â todas las antecedentes, *leg. Talis scriptura, in fin. ff. de legat.* 1. & ibi DD. *leg. Fin. C. de liber. prater. cap.* 2. vbi Canonistæ *de appellat.* Menoch. *cons.* 130. *num.* 5. Siguença *de clausul. lib.* 1. *cap.* 1. *num.* 63. Y para tantear era preciso que huviesse venta, porque sin ella no pudiera aver tanteo; y assi la clausula ni pudo alterar, ni alterô lo que especialmente quedava prevenido, y mas quãdo es vna clausula generica, y estar conforme à derecho no deroga la especifica, antes bien lo que especialmente està capitulado prevalece, *leg. Doli clausula de verbor. oblig.* Ias. *in leg. Qui discretas, num.* 8. *ff. de vulgar. & pupill.* Siguença *de claus. lib.* 1. *cap.* 1. *num.* 67.

68 Y assi esta clausula ni mirò, ni pudo mirar mas que à la execucion de lo contratado, anulando la venta si se hiziesse sin su intervencion, para que

tan-

tanteasse, y dando passo à la via executiva contra tercero si eligiesse cobrar la cantidad, y no quisiesse tantear.

69 La segunda oposicion fue proponer que el tanteo no se pide en tiempo, aunque no se insistiô mucho en ella.

70 Lo primero, porque no puede ignorarse que negandose, como se ha pretẽdido negar que la escriptura diesse derecho de tanteo, durante esta question, no corre termino, ni ha podido correr para deducirse en juicio, *leg. Cum quidam, ff. de bonor. possess. leg. Contra maiores, C. de inofficios. testament.* Donde si se dixere de nulidad de el testamento, durante ella no corre el termino de proponer la querella. Melo *de induciis debitor. quaest. 27. num. 20.* Guzman *de evict. quaest. 57. in retract.* Tiraquell. *de retract. linag. §. 1. glos. 10. n. 36.* Mastrill. *cons. vnic. num. 27.* Larr. *allegat. 45. num. 19.*

71 Y esto es en tanto grado cierto, que dize Nigro *de laudemis, quaest. 30. num. 226.* que aunque aya pedido el laudemio el señor del directo dominio, y por esta eleccion se dê por renunciado el derecho del tanteo, que si se le pusiere question en la paga puede retraer.

72 Y la venta siempre se ha propuesto que fue nula por el defecto de intervencion de Don Antonio, y fraudulenta, assi respecto de la persona â cuyo favor sona va hecha, como respecto del precio, y luego que se diò el auto de vista, mandando bolver los papeles à la Camara se pidiò el tanteo.

73 Lo segundo, porque en la escriptura no se puso el termino limitido para el tanteo; y siendo este convencional, para que se prescriva serân necessarios treinta años: porque la accion es mixta personal, y real, & sic tenet *ex leg. vltima, C. finium regundor.* Feliciano *de censibus lib. 1. cap. 10. num. 9. in fin. tom. 1.*

Y

Y porque en las condiciones de millones para retraerſe los lugares enagenados del demanio no ſe pone termino limitado, dize el ſeñor Larrea *dict. allegat.* 45. *num.* 20. que no ſe preſcrive ſino es por el tranſcurſo de diez, ò veinte años.

74 Y no ſon apicables para eſte caſo las leyes del fuero, y 70. de Toro, que es la 9. *tit.* 11. *lib.* 5. *recopilat.* porque hablan en retracto que ſe concede por derecho de ſangre, y la ley le dà con prefinicion de tiempo, y no en convencional, en que ſe ha de eſtar â lo que las partes contrataron, y ſino ſe previno con eſpecialidad dentro de que tiempo ſe huvieſſe de vſar deſte derecho para preſcrivirſe, ſerà neceſſario el miſmo tiempo que para preſcrivirſe las demas acciones que reſultaren de èl.

75 La tercera, y vltima opoſicion fue, que ſiendo Don Antonio Ecleſiaſtico no es capaz de poder tantear eſte oficio, y eſta tiene tan facil laſisfacion como las demas.

76 Lo primero, porque la venta ſe hizo con derecho de perpetuidad, y calidad de ſer tranſmiſible â qualeſquiera herederos, ò ſuceſſores, y en eſte caſo no ay prohibicion de que el dominio ſe adquiera, aunque ſea Clerigo, y la razon es, porque aunque el oficio tẽga ſervicio perſonal, no ſe juzga que ſe eligiò la induſtria de la perſona, Bald. *in leg. Quiſquis, C. de Epiſcop. & Clericis*, Thomas Sanch. *in precepta decalogi, lib.* 7. *cap.* 15. *num.* 37. Carolo de Graſis *de effectibus Clericatus, effect.* 4. *num.* 236.

77 Lo ſegundo, porque tiene facultad de ſervirle por ſubſtituto, y en eſte caſo es indiſputable que puede adquirir el dominio el Clerigo, y lo contrario fuera contra la libertad Ecleſiaſtica: porque lo prohibido â los Clerigos es el vſo, no la adquiſicion del dominio, *Authent. ingreſſ. C. de Sacroſanct. Ecleſ.* Molin.

 de

*de primogen.lib.*1.*cap.*13. *num.*76. Rodriguez *quaſt. regularis, lib.*2.*quaſt.*63. *artic.*8. Sanchez *in ſumma vbi ſupr.num.*36. Carolo de Graſsis *effect.*4. *num.*230. Y la *allegat.*86. del ſeñor Larrea no reſponde coſa ſuſtancial à eſte fundamento; y aſsi ſe decidiò contra ella en el Conſejo de Indias, y eſtâ poſſeyendo el oficio ſobre que ſe litiga la Religion de Carmelitas Deſcalços, ſirviẽdoſe por ſubſtituto, y otras muchas Comunidades Ecleſiaſticas tienen oficios publicos, que ſe ſirven por ſubſtitutos, y en eſte tiene mas facilidad que en otro ninguno: porque para exercerle dâ fianças, y el oficio eſtâ obligado; con que en nada puede aver razon de dependencia con Don Antonio, ni dificultad en la convencion por razon del fuero.

78 De que ſe ſigue, que el derecho de tanteo es llano à favor de Don Antonio, ſin que tengan fundamento las opoſiciones que ſe han querido introducir, y que aſsi ſe ha de determinar en ſu favor en la forma que lo tiene pedido. Salva in omnibus, &c.

Lic. D. Luis de Cerdeño y Monçon.

Ss. D. Ju.^n de Carbaxal.
D. Lorenzo Santos
D. Alonso de llanos
D. Ant.^o Riaño
D. Gr.^o Pez de Prado
D. Joseph Beltran
D. Alonso de Orea.

Confirmase el auto de catorce de ottubre del año passado de 1672 en todo y por todo segun en el se contiene en que por el se declaro no auer lugar la Rettenzion pedida por el Dr D. Ant.^o de Orea y Medina y que se bueluesen los papeles ala camara para que corriere el despacho de titulo de depositario g.^l de Sevilla a fauor de D. Agustin de Escobar prezediendo primero el que d.^ho D. Agustin diere satisfazion a D. Ant.^o en esta corte de los seis mill ducados contenidos en la escritura de obligazion que a su fauor ottorgo Santiago Gonzalez = y q. e[...] reserba a d.^ho Dr D. Ant.^o de Orea su derecho para que en R.^on de la renta del offizio pida y siga su Justizia donde y como biere le combenga. M.^d y feb.^o 23 de 1674